

Dr. dr. R.W.M. Giard*

De juridische afhandeling van medische aansprakelijkheid: kwesties inzake volgorde en vraagstelling

Aansprakelijkheidsrecht is vooral psychologie. Wie zich het slachtoffer van een medische fout voelt, veronderstelt dat zijn of haar behandelaar tekort is geschoten wat betreft werkhouding en aandacht. Daarmee wordt de toon gezet en draait de juridische strijd hoofdzakelijk om de persoon van de arts en wordt de situatie waarin het medisch handelen plaatsvond veronachtzaamd. Dat werkt door in de manier waarop de kwestie juridisch wordt afgehandeld. De prioriteit ligt bij het aantonen van de juridische fout, waarbij de vraag wordt gesteld of de arts handelde zoals van een redelijk bekwaam hulpverlener mocht worden verwacht. Het formuleren van (rechts)relevante vragen moet uitgebreider en preciezer, de wijze van onderzoek ter beantwoording van die vragen moet methodischer en over de volgorde waarmee de kwesties worden afgehandeld nagedacht. Onderzoek naar causaliteit wordt ook beïnvloed door de gedragsmechanismen van het slachtoffer. Een efficiëntere en inhoudelijke betere werkwijze van het aansprakelijkheidsrecht wordt voorgesteld, waarbij de versturende invloed van de begrijpelijke negatieve emoties van de gelaedeerde op het proces van waarheidsvinding moet worden vermeden.

1. Inleiding

Bij medische aansprakelijkheid mag de civiele rechter pas beslissen of een arts verantwoordelijk gehouden kan worden voor schade door een medische fout als er sprake is van wanprestatie of een onrechtmatige daad en er voor het ontstane nadeel een sluitende causale verklaring blijkt te bestaan. Voor een dergelijke juridische procedure dienen de eisers vaak over een lange adem te beschikken. Zo besliste bijvoorbeeld de Rechtbank 's-Hertogenbosch onlangs over een zaak van een door een huisarts gemiste diagnose hersenvliesontsteking die speelde in 1993 – en dat was warempel nog geen eindvonnis.¹ Uitkomsten van onderzoek naar de doorlooptijden van alle medische aansprakelijkheidsclaims ontbreken, zowel van de gerechtelijke als de buitengerechtelijke afhandeling. Er is immers geen centrale registratie van alle door rechtbanken behandelde zaken van medische aansprakelijkheid en de schadeverzekeraars zijn niet erg scheutig met hun informatie op dit gebied. Voor eisers duurt het altijd te lang en de praktijk lijkt hen daarin gelijk te geven.

De kwaliteit van juridische beslissingen kent niet alleen een inhoudelijke maar ook een organisatorische dimensie: die vraagt wat de meest efficiënte werkwijze voor afhandeling ervan zou kunnen zijn. De eisers bij medische aansprakelijkheid zijn teleurgesteld in en boos op hun behandelaar(s). De gedaagde artsen daarentegen voelen zich veelal onterecht aangevallen. Procespartijen willen eenvoudig snel weten waar ze aan toe zijn. En als we uit de casuspositie ook nog lering willen trekken, wordt het wel erg mosterd na de maaltijd wanneer het allemaal jaren duurt eer de beslissing is gevallen. Daarnaast is er de inhoudelijke vraag hoe de voorliggende zaak moet worden onderzocht en beoordeeld. Bij medische vraagstukken heeft de rechter daarbij vaak de inbreng van een of meer deskundigen nodig. Bij het doorlezen van uitspraken verbaas ik me herhaaldelijk

over het gehannes met en door medisch deskundigen. Onduidelijke vraagstellingen, onduidelijke rapporten of ingebrachte contra-expertises geven aanleiding tot het benoemen van weer nieuwe deskundigen met weer nieuwe vragen, zo vervliegt de tijd. Zowel op het punt van inhoudelijke sturing als praktische doelmatigheid van deskundigeninbreng kan hier beslist vooruitgang geboekt worden.

Om aan te geven hoe we tot zowel een snellere als betere afhandeling van een casuspositie zouden kunnen komen, wil ik in dit artikel bij twee belangrijke aspecten stilstaan:

1. *Volgorde*: onderscheid gaan maken tussen achtereenvolgens een verkennende en een afhandelingsfase. Voor het vestigen van aansprakelijkheid dient er steeds sprake te zijn van een juridische fout, van schade en van een causaal verband daartussen. Om de kans van slagen van de vordering in te schatten worden in de inventarisatiefase die drie elementen stuk voor stuk globaal getoetst ('quick scan') om te zien wat de zwakste schakel zou kunnen zijn. Aan het onderzoeken van dat onderdeel wordt vervolgens prioriteit toegekend.
2. *Vraagstelling*: de kwestie hoe we de zaak aan de hand van de rechtsvraag zouden moeten onderzoeken en wat we dan precies van de deskundigen verlangen om nader te analyseren, hangt nauw hiermee samen en vraagt praktische regie en inhoudelijke sturing. In dit artikel zal ik deze twee punten nader uitwerken vanuit de invalshoek van kwaliteitsbevordering van rechtspleging. Dat roept de vraag op hoe het staat, gelet op de doelstellingen en idealen van de rechtswetenschap, met de controle op deugdelijkheid van de juridische producten en op welke wijze die bewaking is gelegitimeerd en georganiseerd.

* Dr. dr. R.W.M. Giard is als klinisch patholoog en klinisch epidemioloog verbonden aan het Maasstad Ziekenhuis te Rotterdam en als jurist verbonden aan het Rotterdam Institute of Private Law, Erasmus Universiteit Rotterdam. Hij is tevens redacteur van dit tijdschrift. Met dank aan Diederik Aben, Dineke de Groot en Hans Nijboer voor hun suggesties voor verbetering van dit artikel.

1. Rb. 's-Hertogenbosch 30 september 2009, nr. 159969/HA ZA 07-1097, L/JN BK3959.

2. De *quick scan*: een snelle verkenning voor bepaling van de logische volgorde

Rechtsvergelijkend komen in het aansprakelijkheidsrecht steeds vijf verschillende punten aan bod, die gezamenlijk bepalen of de gedaagde partij verantwoordelijk gehouden kan worden voor de schade.² In de Nederlandse civiele wetgeving vinden we die elementen in art. 3:303, 6:162 lid 1, 6:163, 7:446 en 7:453 BW. Genoemde vijf voorwaarden voor vestiging van medische aansprakelijkheid zijn:

1. tegen het handelen van een arts kan een civielrechtelijke actie worden ingesteld;
2. er bestaat een behandelingsovereenkomst tussen arts en patiënt;
3. de arts schoot tekort bij de nakoming van die overeenkomst;
4. dientengevolge leed de patiënt schade;
5. de juridische norm strekt tot bescherming van deze schade.

De regels 1, 2 en 5 zijn goeddeels voor rekening van de rechter, terwijl de inbreng van de medische deskundige zich richt op de punten 3 en 4. Deze laatstgenoemde twee punten omvatten het verwijtbaar tekortschieten van de arts (de fout in juridische zin), het bestaan van schade en het causale verband tussen het foutieve gedrag en het ontstane letsel. Traditiegetrouw wordt bij de rechtsafhandeling ook die volgorde gehanteerd: eerst beoordelen of er een fout werd gemaakt en dan pas komt de rest. Dat heeft zowel een praktische als een strategische reden. Het praktische argument is vooral van verzekeringstechnische aard: de verzekeraars willen eerst weten of er wel een fout is gemaakt. Als dat niet het geval is, stopt het onderzoek. Het strategische argument is, gezien vanuit het perspectief van de gelaedeerde, dat wanneer is vast komen te staan dat er inderdaad een fout gemaakt werd, de verzekeraar en/of de gedaagde partij eerder geneigd kunnen zijn om maar liever tot een schikking te komen dan om door te gaan met de juridische strijd. Nergens schrijft de wet echter een bepaalde volgorde bij het onderzoek van de verschillende determinanten bij aansprakelijkheid voor.

Is het niet doelmatiger om in de aanvangsfase van het geschil – dus eigenlijk al buitengerechtelijk – een snelle en globale verkenning van al die vijf punten te doen, een *quick scan*? Immers, de vordering kan pas dan worden toegewezen als aan alle voorwaarden wordt voldaan.

Wie, na eerst te hebben vastgesteld dat er een fout werd gemaakt, tot de ontdekking komt dat dit tekortschieten echter niet tot schade heeft geleid en de causaliteitsvraag daarmee van de baan is, zal zich toch gefrustreerd voelen, want alle moeite was uiteindelijk voor niets. Ik wil dat duidelijk maken aan de hand van twee voorbeelden.

*Casus 1.*³ Een 42-jarige man gaat naar zijn huisarts omdat hij een 'wrat' op de rug bij het linker schouderblad heeft die tijdens het afdrogen snel bloedt. De huisarts onderzoekt de afwijkende plek en besluit die direct chirurgisch te verwijderen. Dat huidstukje wordt echter niet opgestuurd voor PA-onderzoek, maar verdwijnt in de prullen-

bak. Een jaar later bemerkt de patiënt een grote bobbel in zijn linker oksel en dat blijkt een uitzaaiing van een melanoom, een kwaadaardige moedervlek, te zijn. Enkele maanden later openbaren zich bovendien uitzaaiingen van die tumor in de hersenen en krap twee jaar na het eerste huisartsenbezoek overlijdt de patiënt aan de gevolgen van deze ziekte. In het weggegooide huidstukje van de rug zal zich, achteraf gezien, wel de primaire kwaadaardige tumor hebben bevonden van waaruit de uitzaaiingen waren ontstaan. De nabestaanden veronderstellen een beroepsfout en eisen een verklaring voor recht dat de huisarts aansprakelijk is voor de schade als gevolg daarvan.⁴ Zij leggen hieraan ten grondslag dat de huisarts een medische fout heeft gemaakt door bij de verwijdering van het plekje op de linker schouder een onjuiste diagnose te stellen en verzuimd heeft nader pathologie-onderzoek te laten verrichten. Door het ontbreken van de juiste diagnose zou patiënt de kans op een tijdige adequate behandeling zijn ontnomen.

In deze zaak is nog geen eindoordeel uitgesproken en inmiddels zijn er al drie deskundigen bij deze kwestie betrokken geraakt. Tien jaar na het huisartsenbezoek ligt in de procedure nu de vraag voor of er door dit handelen van de huisarts schade werd veroorzaakt. Wanneer een kwaadaardige moedervlek in zijn geheel chirurgisch werd verwijderd, blijkt dat eventuele verdere interventies er niet toe leiden dat de patiënt betere genezingskansen heeft. Juridisch geformuleerd: er is geen aantoonbaar verlies van kans op een beter behandelingsresultaat die de basis zou kunnen vormen voor – eventueel proportionele – aansprakelijkheid.⁵ Een tweede voorbeeld:⁶

Casus 2. Een man van 37 jaar wordt door een neurochirurg geopereerd vanwege een in de hersenen gelokaliseerde tumor die met succes geheel wordt verwijderd. Bij microscopisch onderzoek door de klinisch patholoog wordt de uitgenomen afwijking als een 'atypisch meningeoom' geclassificeerd, een in principe goedaardige tumor. Er volgt daarom ook geen verdere behandeling. Zeven jaar na deze ingreep krijgt deze man pijnklachten en worden er bij radiodiagnostisch onderzoek meerdere haardvormige afwijkingen in het skelet geconstateerd die verdacht zijn voor uitzaaiingen van een kwaadaardig tumorproces. Weefsel uit een van die bothaarden wordt vervolgens onderzocht en dat laat het beeld van een hemangiopericytoom zien, een kwaadaardige tumor. Vervolgens is met die kennis opnieuw gekeken naar de zeven jaar eerder verwijderde cerebrale tumor en de oorspronkelijke diagnose atypisch meningeoom wordt herroepen in een hemangiopericytoom gr.III. De skelethaarden zijn zeer waarschijnlijk uitzaaiingen van deze tumor.

Deze patiënt dient een eis tot schadevergoeding in en dan komt de procedure op gang, waarbij de verzekeraar

2. Zie D.G. Owen, 'The five elements of negligence', *Hofstra Law Review* 2007, vol. 35(4), p. 1671-1686 en J. Oberdiek, 'Philosophical issues in tort law', *Philosophy Compass* 2008 (3-4), p. 734-748.

3. R.W.M. Giard, 'Medische aansprakelijkheid zoals het (niet) moet', *NTBR* 2009, p. 249-254.

4. Rb. 's-Gravenhage 31 december 2008, JA 2009, 31, L/JN BG9127 (m.nt. R.W.M. Giard).

5. R.W.M. Giard & J.M. Broekman, 'Gemist maligne melanoom, juridisch bezien', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2009, 153:A1237.

6. Deze casus werd door partijen voorgelegd aan de Juridische Commissie van de Nederlandse Vereniging voor Pathologie en is niet gepubliceerd.

van het ziekenhuis samen met de advocaat van eiser om een objectiverende herbeoordelingsprocedure door vakgenoten vraagt.⁷ De juridische commissie van de pathologenvereniging verzoekt partijen daarentegen eerst door een oncoloog te laten beoordelen of hier werkelijk schade in de zin van kansverlies is opgetreden omdat het een tumortype betreft dat, wanneer de achteraf bezien juiste diagnose op het moment van de primaire behandeling direct zou zijn gesteld, geen consequenties voor een onmiddellijke aanvullende lokale en/of algemene behandeling zou hebben gehad: er zou toen niet anders gehandeld zijn.

Bij beide casusposities speelt van de hierboven genoemde factoren de vraag naar schade een centrale rol doch in beide gevallen lijkt daarvan geen sprake te zijn, want de genezingskansen bleken niet nadelig beïnvloed. Wanneer bij aanvang van deze letselschadeclaims de deskundige eerst een algemene toetsing van die drie medisch relevante factoren fout-schade-causaliteit had verricht, zou sneller tot de kern van de zaak zijn gekomen omdat duidelijk was geworden wat hier de zwakste schakel is, namelijk het ontbreken van schade⁸ in de zin van een kansverlies waardoor het causale verband niet meer relevant is. Voorwaarde voor het realiseren van die verkennende fase is wel dat partijen zich in hun respectievelijke conclusies of verzoekschriften beargumenteerd uitspreken over alle factoren voor aansprakelijkheid waarna de rechter die samen met partijen aan een globaal onderzoek kan onderwerpen tijdens een comparitie ex art. 131 Rv waarbij dan al een medisch deskundige behulpzaam zou kunnen zijn om specifieke vragen te beantwoorden. Zo wordt vastgesteld aan welk punt of welke punten voorrang voor onderzoek moet worden toegekend. Daarmee komen we bij het tweede onderwerp van dit artikel, de vraagstelling(en) te beantwoorden in de procedure en eventueel voor te leggen aan de deskundige(n).

3. Het structureren van het onderzoek en de te beantwoorden vragen

Gevraagd waarom hij toch altijd zulke heldere columns en artikelen schreef, antwoordde de socioloog J.J.A. van Doorn eens dat je bij analyse van een kwestie eerst de goede vragen moet stellen en je daar vervolgens door moet laten leiden. Iedere rechtenstudent leert dat je voor het oplossen van een casuspositie bij aanvang als leidraad steeds de rechtsvraag moet formuleren door de vordering-met-grondslag in de vragende vorm te gieten. Levert een dergelijke handelwijze dan ook, in de geest van Van Doorns bemerkings, een juiste en vooral heldere vraag die een betrouwbare en bruikbare gids vormt voor het onderzoek van de kwestie?

Je zou Van Doorns vraag ook nog anders kunnen verwoorden: wat is nu werkelijk de kern van het probleem? Immers, de eerste fase van de *problem-solving-cyclus*⁹ is het herkennen en juist omschrijven van het probleem. Daarbij komt nog, zeker voor juridische professionals die op dit gebied 'buitenstaanders' zijn, dat veel kwesties van medische aansprakelijkheid vaak niet simpel gestructureerd blijken. De kwestie moet dus eerst helder vorm krijgen alvorens er systematisch aan gewerkt kan gaan worden. Binnen een juridische context is de eerste logische stap het onderzoeken en verklaren van de gebeurtenissen en vervolgens of er iemand verantwoordelijk kan worden gehouden voor de schadelijke gevolgen van het incident, de attributie. Het zoeken naar een objectieve causale verklaring voor het voorval is dus van doorslaggevend belang. Dat proces kan worden verstoord door uiteenlopende vormen van vooringenomenheid die zowel bij het slachtoffer als bij de onderzoekers kunnen voorkomen. Ook dienen we eisen te stellen aan de denkbare verklaringen. Dat heeft weer gevolgen voor de inrichting van het onderzoeksproces.

3.1. Psychologische reacties bij de gelaedeerde

Het startpunt van een claim is, zoals we al stelden, vrijwel steeds boosheid van de gelaedeerde (of diens nabestaanden) op de behandelende arts vanwege de even onverwachte als ongewenste afloop. Dat leidt tot veel voorkomende sociaal-psychologische reactiepatronen. De eerste is een verstoring van de tot dan toe zo vredige wereld waarin zulke calamiteiten niet thuishoren. Dit is de *just world belief*.¹⁰ Volgens deze theorie hebben mensen er sterke behoefte aan te geloven in een ordelijke, voorspelbare en rechtvaardige wereld waarin mensen krijgen wat ze verdienen. Een gevolg hiervan kan zijn dat, nu ze zoiets ellendig toebedeeld hebben gekregen waarvan ze vinden dat ze het niet verdiend hebben, onderzocht gaat worden wie hiervoor beslist verantwoordelijk is, de *fundamentele attributiefout*.¹¹ Hoe ernstiger de gevolgen, des te meer verantwoordelijkheid er aan de vermeende 'dader' wordt toegekend.¹² Het is beslist zijn of haar schuld. Als vervolgens nog eens op de keten van gebeurtenissen wordt teruggekeken, dan valt er toch duidelijk een moment te bepalen waarop de actor anders had kunnen en moeten handelen waardoor er een veel gunstiger afloop van de gebeurtenissen zou zijn geweest. Hierbij wordt verondersteld dat het menselijk handelen steeds bewust en uit vrije wil geschiedt. Dat virtuele herschrijven van het scenario, nu met een gunstiger uitkomst, wordt de *counterfactual fallacy* genoemd.¹³ Dankzij dit alternatieve draaiboek blijkt ook de causale relatie tussen het onrechtmatig handelen van de veroor-

7. Dit is een protocollaire herbeoordeling van de microscopische preparaten, waarbij die op een zodanige wijze worden onderzocht dat kennis van de reden van dit onderzoek en de klinische uitkomst niet bekend zijn bij de beoordelaars om vooringenomenheid te voorkomen. Zie hiervoor R.W.M. Giard & J.M. Broekman, 'Naar een objectieve herbeoordelingsprocedure bij een mogelijke diagnostische dwaling', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2000, 144:566-571.

8. Er is natuurlijk in casus 1 wel sprake van overlijden en de nabestaanden veronderstellen dat dit het gevolg is van onjuist medisch handelen.

9. Deze cyclus bestaat uit de elementen probleembeding, probleemdefinitie, formuleren van een oplossingsstrategie, het zoeken naar en het organiseren van informatie over het betreffende probleem, het toewijzen van hulpbronnen nodig voor het toewerken naar de oplossing, het bewaken van dit proces en ten slotte het evalueren van de gevonden oplossing. Zie: R.J. Sternberg, *Cognitive psychology*, Wadsworth Cengage Learning 2009, p. 429 e.v.

10. M.J. Lerner & D.T. Miller, 'Just world research and the attribution process: looking back and ahead', *Psychological Bulletin* 1977 vol. 85, 1030-1051. Ook: M.J. Lerner, *The belief in a just world: a fundamental delusion*, New York: Plenum 1980.

11. F. Heider, *The psychology of interpersonal relations*, New York: Wiley 1958.

12. J.M. Burger, 'Motivational biases in the attribution of responsibility for an accident: a meta-analysis of the defensive-attribution hypothesis', *Psychological Bulletin*, 1981 vol. 90, p. 496-512.

13. D.R. Mandell e.a. (red.), *The psychology of counterfactual thinking*, UK: Routledge 2005.

zaker en de daaruit voortvloeiende schade voor het slachtoffer.

Deze, vanuit het slachtofferstandpunt bezien, begrijpelijke psychologische reacties hebben tot gevolg dat we maar al te snel geneigd zijn de oorzaak van een calamiteit aan een handelende persoon toe te schrijven, de persoonsattributie, en veronachtzamen daardoor veelal de rol van de omstandigheden, de situationele attributie.¹⁴

De rechtspraktijk lijkt in die persoonsattributie mee te gaan. Immers, de wettelijke regel zoals gegeven in art. 7:453 BW richt zich op het handelen van de arts en stelt dat die de zorg van een goed hulpverlener in acht dient te nemen. Waarom niet de volgende formulering: 'De hulpverlener moet bij zijn werkzaamheden, de omstandigheden van het geval en de stand van de medische wetenschap in aanmerking nemende, de zorg van een goed hulpverlener in acht nemen'? Bij medische aansprakelijkheid gebruikt men bij het formuleren van de rechtsvraag en/of de opdracht aan de deskundige vaak een door de Hoge Raad geformuleerde regel dat het er bij de beoordeling van aansprakelijkheid om gaat of de (naam specialisme) voor zijn of haar medisch handelen heeft gehandeld met de zorgvuldigheid van een redelijk bekwaam en/of redelijk handelend (naam specialisme).¹⁵ Aldus geformuleerd is een dergelijke rechtsvraag erg globaal, richt zich – onbedoeld – te veel op de persoon van de arts en wordt tussen de regels eigenlijk gevraagd: 'Was het niet dom om dat huidstukje in de prullenbak te gooien in plaats van het voor PA-onderzoek op te sturen?' of 'getuigt het niet van onvoldoende deskundigheid van de patholoog om de hersentumor verkeerd te classificeren?'.

Een billijk aansprakelijkheidsrecht verlangt dat we de juiste, dat wil zeggen niet-leidende, vraag of vragen stellen en vervolgens dat de deskundigen die de rechter gaan voorlichten voor de beantwoording ervan een geëigende methode hanteren. Maar hoe dan? Daarbij zijn twee verschillende elementen van belang: de algemene methodologische vereisten voor het op juiste wijze uitvoeren van het retrospectieve onderzoek en het recht doen aan de specifieke omstandigheden van het geval.

3.2. Retrospectief onderzoek: de werkwijze

Elders is aan de methodologische problematiek rond retrospectief feitenonderzoek recent uitvoerig aandacht geschonken.¹⁶ De kern is dat de werkwijze, *heuristieken*, en verschillende onbewuste mechanismen, *bias*, het oordeel stelselmatig kunnen beïnvloeden en daardoor tot ongewenste resultaten leiden.¹⁷ Bij medische aanspra-

kelijkheid doet zich stevast de kwestie voor dat er met kennis van de treurige afloop wordt teruggekeken naar de primaire handelwijze van de arts en dat leidt weer tot wijsheid achteraf. Ik noemde hierboven al dat zich met behulp van de *counterfactual fallacy* dan een virtueel alternatief aandient met een (verondersteld) gunstiger resultaat.¹⁸ Dat heeft ook juridische betekenis: een causaal verband tussen een foutief handelen en de ongelukkige afloop heeft als onderbouwing het *sine qua non*-vereiste, een gedachte-experiment waarbij gekeken wordt of de afloop anders zou zijn geweest indien gedaagde op dat moment anders had gehandeld.¹⁹ De tegenfeitelijke denkfout en het CSQN-verband opereren op dezelfde wijze!

De situatie wordt hiermee achteraf niet alleen sterk gesimplificeerd tot een dichotoom keuzemoment, waarbij de beslisser bij de splitsing van de weg helaas de verkeerde route koos, maar ook de volgorde in tijd waarin de gebeurtenissen hebben plaatsgevonden kan anders worden voorgesteld.²⁰ De ook al genoemde fundamentele attributiefout staat hiermee in nauw verband. Dat blijkt immers uit de virtuele mutatie, die in het verhaal wordt aangebracht en dus is het de schuld van gedaagde.

De beslissing liep voor de arts anders dan in retrospectie wordt voorgesteld en vaak is een situatie in werkelijkheid veel complexer en zijn de overwegingen minder eenvoudig dan een simpel dichotoom keuzemoment ('wel of niet opsturen van het huidstukje'). Daarmee gaat het gemuteerde scenario tegen de feiten in, het is irreëel dus tegenfeitelijk, het is 'counterfactual'.

Maar hoe dan wel? Deskundigen op het gebied van het onderzoeken van incidenten en accidenten pleiten er ook voor een bij de situatie passend en realistisch ongevalsmodel te hanteren.²¹ De gang van zaken dient vanaf het startpunt van het proces vanuit de positie van degene die de beslissingen moest nemen te worden gereconstrueerd waarbij stap voor stap wordt gekeken wat de actor aan gegevens ter beschikking had en welke conclusies hij of zij daaraan verbond.²² Het is dus dringend nodig dat er zowel naar de situatie als naar het gedrag van de daarin handelende actor wordt gekeken.²³ Bij medische aansprakelijkheid is voor de omstandigheden van het geval ook het ziektemodel van groot belang, de wijze waarop ziekte doorgaans ontstaat, zich manifesteert en verloopt.²⁴ We zullen daarom aandacht dienen te geven aan het proces van het zoeken naar de meest juiste verklaring.²⁵

14. Zie daarover I. Giesen, 'Attributie, juridische causaliteit en preventieve werking', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 181-208.

15. HR 9 november 1990, NJ 1991, 26.

16. Zie R.W.M. Giard & H.J.L.G. Merckelbach, 'Nietzsches gelijk: waarom wijsheid achteraf onbillijk is', *Nederlands Juristenblad* 2009, 762, p. 1014-1021 en *NTBR* 2009, p. 249-254 (zie noot 3).

17. Zie uitvoerig daarover D. Kahneman, P. Slovic & A. Tversky, *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, Cambridge University Press 1982. Een inventarisatie van verschillende vormen van cognitieve bias is te vinden op <http://en.wikipedia.org/wiki/Cognitive_bias>.

18. N.J. Roese & J.M. Olsen, 'Counterfactuals, causal attribution, and the hindsight bias: a conceptual integration', *J Experiment Soc Psychol* 1996 vol. 32, p. 196-227.

19. Zie voor een uitgebreide bespreking van de casualiteitsproblematiek J. Stapleton, 'Causation in the law', in: H. Beebe e.a. (red.) *The Oxford Handbook of Causation*, Oxford University Press 2009, p. 744-769. Ook: J.H. Nieuwenhuis, *Onrechtmatige daden*, Kluwer 2003, p. 45 e.v.

20. Zie C.R. Walsh & R.J. Byrne, 'Counterfactual thinking: the temporal order effect', *Memory & Cognition* 2004, vol. 32(3), p. 369-378.

21. J. Reason, *The human contribution. Unsafe acts, accidents and heroic recoveries*, Farnham (UK): Ashgate Publishing Ltd 2008, p. 92-104.

22. S.W.A. Dekker, *The field guide to understanding human error*, Aldershot (UK): Ashgate 2006.

23. Zie daarover I. Giesen, noot 14.

24. Dit speelt bijvoorbeeld sterk bij het probleem van de geboortegeassocieerde hersenschade (neurologische geboorteschade). Zie de noot bij HR 7 december 2007, JA 2008, 23 (m.nt. R.W.M. Giard).

25. P. Lipton, *Inference to the best explanation*, London: Routledge 2004 (2nd ed.).

3.3. Zoeken naar de meest juiste verklaring

Binnen de civielrechtelijke context zijn we het meest in een causale duiding van de gebeurtenissen geïnteresseerd. Bij wetenschapsbeoefening, zowel theoretisch als praktisch, staat een causale opheldering van de onderzochte fenomenen centraal en met zo'n verklaring kunnen we het verschijnsel vervolgens begrijpen.²⁶ Maar wat houdt de term 'begrijpen' nu precies in? Lipton wijst op drie verschillende vragen die we dienen te stellen om uit te maken in hoeverre er van een werkelijk begrip sprake is.²⁷

- Lereren we slechts het fenomeen als zodanig bij naam kennen of begrijpen we het ontstaan ervan nu ook werkelijk?
- Hoever kunnen en moeten we vragenderwijs teruggaan om het verschijnsel te verklaren?
- Schuilt er enige vorm van circulariteit in de uitleg?

Bij de getoonde casusposities is er respectievelijk van een gemiste en van een onjuiste diagnose sprake: de artsen hebben dus een diagnostische fout gemaakt. Daarmee is aan de gebeurtenis een naam gegeven maar is dit nog niet oorzakelijk verklaard. De gekozen aanduiding, mits goed te definiëren, is op zich nuttig want daarmee kunnen we in statistische zin beschrijven hoe vaak dat fenomeen voorkomt en in hoeverre er eventueel samenhang bestaat met een ander fenomeen. Is het verkeerdt stellen van de diagnose in deze situatie iets uitzonderlijks of komt het juist frequent voor? En daarop volgt vanzelfsprekend de waaromvraag! Als er aan de orde is of een arts verwijtbaar onzorgvuldig heeft gehandeld, zal het diagnostische proces toch voldoende begrepen moeten worden om een beargumenteerde uitspraak daarover te kunnen doen. Bij de eerste casus bijvoorbeeld blijkt bij statistisch onderzoek van groepen patiënten met een melanoom dat juist bij een zich als bobbel presenterende kwaadaardige moedervlek de kenmerkende bruine kleur vaak ontbreekt, waardoor er niet aan die diagnose wordt gedacht.

De tweede kwestie is dat met elk antwoord op een waaromvraag aansluitend zich weer de vervolgvraag aandient ('why regress'): is de uitleg zelf voldoende uitgelegd? Deze vraag ligt ten grondslag aan de kennistheoretische vraag naar de fundering van onze kennis. We stuiten bij het zoeken naar een antwoord op deze vraag ook op de grenzen van onze kennis. Het beoordelen van de uitkomsten van het deskundigenonderzoek stelt de kwestie vanuit welke betrouwbare kennisbronnen het medisch handelen werd geëvalueerd. Immers voor zowel de rechter als partijen is van belang of de deskundige beargumenteerd kan uitleggen waarom het zo gebeurd is en hoe vanuit normatief oogpunt naar het incident kan worden gekeken.

Het derde punt ten slotte, de circulariteitstoets, dwingt ons na te gaan of we veronderstellen dat een hypothese correct lijkt uitgerekend omdat, indien juist, die een goede verklaring voor de gebeurtenissen zou geven.

We hebben dus behoefte aan verklaringen maar de kwesties rond kennistheorie en causaliteit zijn immens.²⁸ We zullen bij verkenning van deze problematiek ook ontdekken dat niet alle verklaringen altijd causaal zijn en niet alle oorzaken ook verklaarbaar.²⁹

3.4. De praktijk van het retrospectief onderzoek: graag een waaier van gezichtspunten

Uiteindelijk zullen er knopen doorgemaakt moeten worden en de drie vooral medisch bepaalde kwesties – fout, schade en causaliteit – elk concreet moeten worden beoordeeld. Waar ligt nu toch de grens tussen zorgvuldig en onzorgvuldig medisch handelen? We zoeken dus naar een – liefst empirisch-methodologisch onderbouwde – objectieve, plausibele, realistische, verifieerbare verklaring voor wat hier gebeurd is.

Als causale attributie in het aansprakelijkheidsrecht centraal staat, is het nodig ons te realiseren dat we meerdere dimensies – of beter: dichotomieën – te beoordelen krijgen: persoon/situatie, bedoeld/onbedoeld, door interne/externe factoren, structureel/incidenteel, specifiek/globaal en controleerbaar/oncontroleerbaar.³⁰

Wanneer we beseffen, zoals hierboven uitgelegd, dat we daarbij door kennis van de ongelukkige afloop op een dwaalspoor gebracht kunnen worden, is de remedie daartegen om de situatie waarin het handelen zich heeft afgespeeld vanuit meerdere perspectieven en vanaf het initiële moment naar de afloop te bezien.

Wat we zouden willen weten, is waarmee artsen doorgaans in een situatie zoals bij de twee geschetste casusposities geconfronteerd worden. Dat zijn dan vragen welke mogelijkheden en beperkingen de medische kennis in die situatie heeft en hoe dan gegeven die omstandigheden het beste te handelen. Is het gebruikelijk of ongebruikelijk dat huisartsen weggesneden huidafwijkingen aan de prullenbak toevertrouwen? En waarom doen ze dat? Komt een misclassificatie door pathologen van dit bepaalde tumortype vaker voor? Op die manier onderzoeken we bewust op een fundamenteel niveau niet alleen de gedragingen van personen maar juist ook de situatie waarin dit handelen zich afspeelde. Dat alles valt vanuit de volgende perspectieven te beschrijven:

1. de *klinische context*: de situatie van de patiënt. Hoe presenteerde die zijn klachten en/of ziekteverschijnselen? Hoe kenmerkend zijn die?
2. de *wetenschappelijke context* van de casus, de wetenschappelijke situatie. Wat is er bekend over dit ziektebeeld en in het geval van diagnostische missers over de herkenbaarheid ervan?³¹ Wat is er mogelijk?
3. de *procedurele context*: een toetsing van het handelen aan de hand van de voor dat probleem beschikbare praktijkvoorschriften in de vorm van protocollen, richtlijnen, standaarden en gedragsregels. Die vinden

26. S. Psillos, *Causation & Explanation*, Stocksfield (UK): Acumen 2009.

27. P. Lipton, 'What good is an explanation?', in: J. Cornwell (red.), *Explanations: styles of explanation in science*, Oxford University Press 2004, p. 1-22.

28. Zie de bijdragen in het boek van H. Beebe, C. Hitchcock & P. Menzies (red.), *The Oxford Handbook of Causation*, Oxford University Press 2009 en ook die in P.K. Moser (red.), *The Oxford Handbook of Epistemology*, Oxford University Press 2002.

29. Daarover P. Lipton, 'Causation and explanation', in: H. Beebe e.a. (red.), *The Oxford Handbook of Causation*, Oxford University Press 2009, p. 617-631.

30. S. Maruna & R.E. Mann, 'A fundamental attribution error? Rethinking cognitive distortions', *Legal and Criminological Psychology* 2006, vol. 11, p. 155-177.

31. R.W.M. Giard, 'Medische expertise bij diagnostische missers', *Expertise en Recht* 2008-2, p. 56-63.

een groeiende toepassing in de rechtspraak.³² Daarbij doen zich twee praktische problemen voor. Soms zijn er gewoon geen praktijkvoorschriften beschikbaar, soms bestaan er juist meerdere voor hetzelfde probleem. Daarnaast dienen praktijkvoorschriften aan dwingende kwaliteitseisen te voldoen en dat is lang niet altijd het geval.³³ Voor de kwestie van de eerste casus heeft de huisartsenvereniging nog geen praktijkrichtlijn inzake het wel of niet opsturen van weggenomen huidstukjes.

Dan is er ook nog de vraag naar meer algemene kwaliteitsborging: bestaan er structurele maatregelen om de kwaliteit van zorgverlening te waarborgen en vindt er periodiek ook retrospectieve systematische toetsing van de kwaliteit plaats?

4. de *toetsingscontext voor de deskundige*: soms moet de deskundige gearhiveerd materiaal of gegevens uit het dossier opnieuw beoordelen, zoals röntgenfoto's, microscopische preparaten, electrocardiogrammen en wat dies meer zij. De contextuele informatie, dus kennis van de afloop, kan de interpretatie daarvan beïnvloeden. Dus dienen er procedures te bestaan waarbij door blinding voor de uitkomsten de interpretatie van onderzoeksgegevens en de oordeelsvorming niet wordt beïnvloed door contextinformatie.³⁴
5. de *organisatorische context*: biedt de wijze waarop de praktijk organisatorisch is ingericht (werkomgeving, uitrusting, kwaliteit staf, management etc.) ook de beste voorwaarden voor goede zorg?

Deze waaier van factoren dient ertoe het handelen en de situatie systematisch te onderzoeken. En dan nog de persoon van de arts. Verdient die expliciete aandacht en hoe pakken we dat onderzoek dan aan? Bij procedures omtrent medische aansprakelijkheid wordt gekeken naar de gedragingen van de medische professional en dat is de resultante van 3 k's: karakter, kennis en kundigheid. Ligt het nu vooral aan een tekortschieten van diens houding en motivatie zoals te weinig aandacht, slordigheid, laksheid of zelfs roekeloosheid?³⁵ En beschikte de beroepsbeoefenaar, gegeven de stand van de medische wetenschap, wel over voldoende kennis en ervaring om diens taak kundig te volbrengen? Het gaat om het subtiele onderscheid tussen 'mistake' en 'misconduct', het uit elkaar houden van morele kwesties ('when it's legal, it's moral') en medisch-inhoudelijke zaken, het onderscheid tussen de persoon en het systeem.

4. Conclusies

Het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen en de medische aansprakelijkheid in het bijzonder vraagt het integreren van juridische en niet-juridische wetenschappelijke inbreng. Dat vraagt niet alleen organisatorische maar – juist op fundamenteel niveau – ook inhoudelijke aaneenschakeling daarvan. Ook moet worden gezocht naar de meest efficiënte benadering van het probleem. Vanuit de positie van het slachtoffer bezien mag bij procedures inzake medische aansprakelijkheid dan vooral het accent op psychologische reacties liggen, in

de rechtspraktijk dient de nadruk te liggen op de kennis-theoretische aspecten, de epistemologie. De vraag is steeds of de conclusies die we trekken gebaseerd zijn op de best mogelijke causale uitleg van de gebeurtenissen. Naast de juridische vormvereisten vraagt dat naast een goede methodologie van onderzoek, om optimale interpretatie van de feiten en het zonder vooringenomenheid vellen van een oordeel.

32. M.A.J.M. Buijsen, 'Richtsnoeren voor artsen: hun toepassing in de rechtspraak', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2000 vol. 24, p. 19-33.

33. R. Grol, 'Has guideline development gone astray?', *British Medical Journal* 2010, 340:c306.

34. Zie daarover Giard & Merckelbach, noot 16.

35. J. Reason, 'Human error: models and management', *British Medical Journal* 2000, 320:768-70.